

BU KARAR DANISTAY 13.DAIRESI'NCE IPTAL EDILMISTIR. REKABET KURULU'NUN AYNI KONUYA ILISKIN 18.09.2008 TARİH VE 08-54/852-340 NOLU KARARINA İNTERNET SAYFAMIZDAKI KARAR ARAMA BÖLÜMÜNDEN ERİŞEBİLİRSİNİZ.

(05-79/1099-316)

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay'ın İptal Kararı Üzerine Verilen)

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D2/2/I.S. – 99/4 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 05-79/1099-316
Karar Tarihi : 24.11.2005

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,
Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M.Sıraç ASLAN,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B- RAPORTÖRLER : İlğaz SARIOĞLU, İbrahim AYDEMİR

C- ŞİKAYET EDEN : Beyaz İletişim Sistemleri Dış Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.
Barbaros Bulvarı, Akdoğan Sok., No:36/11,
Beşiktaş/İSTANBUL
Vekili : Av. Haluk İnanıcı
Bahariye Cad., No:73/2, Sabiha Esen Apt.,
Kadıköy/İSTANBUL

D- HAKKINDA

SORUŞTURMA YAPILAN : Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Merkez Mah. Abide-i Hürriyet Cad. No:286/1
Şişli/İSTANBUL
Temsilcisi: Prof. Dr. Arif Esin
Akaretler Sıraevleri, Spor Caddesi No:67
Beşiktaş/İSTANBUL

E- DOSYA KONUSU : Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi (Armada A.Ş.)'nin, Novell İtalya ve Novell Inc. (ABD) ile birlikte Beyaz İletişim Sistemleri Dış Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi (Beyaz Ltd. Ş.) tarafından yapılan paralel ithalatı engellemek ve hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

F- İDDİALARIN ÖZETİ : Beyaz Ltd. Ş.'nin şikayet dilekçesinde aşağıdaki bilgi ve iddialara yer verilerek gereğinin yapılması istenmiştir.

- Kendilerinin Novell Inc. (ABD) firması tarafından üretilen bilgisayar programlarını bu firmanın distribütörlerinden ithal ederek Türkiye piyasasına sattıkları,
- Novell Inc. firmasının ürünü olan Netware 4-x Software lisansının ABD'nin telif hakları kanunları ve uluslararası telif hakları anlaşmaları ile korunduğu,

(05-79/1099-316)

yazılım ve dokümantasyonun mülkiyet ve kullanımının bu lisansta tanımlanan sınırlamalara tabi olduğu,

- Novell Inc. (ABD) firmasının Avrupa ve Türkiye distribütörü olduğunu söyleyen Novell İtalya ofisi ve Armada A.Ş.'nin aralarında anlaşarak, Beyaz Ltd. Ş. aleyhine bir kampanya başlattıkları, çeşitli yayın organlarında (bilgisayar dergilerinde) ilanlar vererek; Beyaz Ltd. Ş.'nin satmış olduğu "Novell Beyaz Kutu Bilgisayar Programları"nın lisanssız olduğu, desteklenmediği, şaibeli olduğu ve söz konusu ürünleri bu firmanın ithal edemeyeceği, ayrıca Armada "Sticker"ı (amblemi) taşımayan Novell ürünlerinin gerçek Novell ürünleri olmadığı ve (Beyaz Ltd. Ş. tarafından) verilen seri numaralarının Novell İtalya tarafından onaylanmadığı, dolayısıyla bu ürünlerin sahte olduğu şeklinde beyanlarda bulunulduğu,
- Bu haksız fiillere ilişkin Beyaz Ltd. Ş.'nin, verilen seri numaralarının Novell Inc. (ABD) firması tarafından onaylandığını belgelediği, bahsedilen tarzdaki ilanların ticari itibarını zedelediği gerekçesiyle açılan davadaki istekleri haklı görülerek Armada A.Ş.'nin ilan vermiş olduğu dergilerde tekzip yayımlanmasına ilişkin karar verildiği,
- Beyaz Ltd. Ş. ile Armada A.Ş. arasındaki bu hukuk savaşı sürerken Armada A.Ş. Genel Müdürü'nün paralel ithalatın yasak olduğuna dair beyanlarda bulunarak Armada A.Ş. dışında hiçbir firmanın Novell ürününü Türkiye'ye getiremeyeceğini ifade ettiği,
- Tüm bu işlemlerin, Armada A.Ş. ile Novell İtalya firmalarının aralarında anlaşarak fiyat tekeli oluşturduklarının ve hakim durumlarını kötüye kullandıklarının göstergesi olduğu

belirtilmiştir.

G- DOSYA EVRELERİ

Beyaz Ltd. Ş.'nin şikayet dilekçesi 14.1.1998 tarih ve 70-20 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına girmiştir.

Şikayet dilekçesi üzerine hazırlanan 17.3.1998 tarih ve D1/Ş.Y.-98/5 sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 19.3.1998 tarih ve 57/17 sayılı toplantısında görüşülmüş, Kanun'un 40/1 ve Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 55/1. maddeleri uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

Önaraştırma sonucunda düzenlenen 4.10.1999 tarih ve D2/2/I.S.-99/4 sayılı Önaraştırma Raporu, Rekabet Kurulu'nun 30.11.1999 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 99-55/590-377 sayılı karar ile,

Armada A.Ş.'nin; Novell İtalya adına, Beyaz Ltd. Ş. aleyhinde, tüketicilerde bu firmanın satışını yaptığı Novell ürünlerinin orijinal olmadığı izlenimine kapılmalarına sebep olacak türde reklam kampanyaları düzenlediği,

- Armada A.Ş. ve Novell firmaları tarafından çekilen ihtarlarla, Beyaz Ltd. Ş.'nin, Novell ürünlerinin satışına son vermesi yönünde baskı yaptığı,

(05-79/1099-316)

- Armada A.Ş. Genel Müdürü'nün "paralel ithalat"ın yasak olduğuna dair basına yaptığı açıklamalarla, Beyaz Ltd. Ş.nin kanuna aykırı faaliyette bulunduğu intibai uyandırarak, firmanın tüketicilere karşı itibarını ve güvenilirliğini yitirmesine sebep olduğu,
- Armada A.Ş.nin, Novell Inc. (ABD) ve Novell İtalya Ofisi ile birlikte Beyaz Ltd. Ş.nin, Novell ürünlerini ithal etmesini engellemeye çalıştığı ve bu engellemenin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (d) bendinde yer alan "rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması..." şeklindeki hükmüne aykırı olduğu,
- Dosya üzerinden yapılan incelemelerden ve önaraştırma sürecinde yapılan yüzyüze görüşmelerden Armada A.Ş.nin, ilgili dönemde ağ (network) işletim yazılımı piyasasında hakim durumda olabileceği ve bu hakim durumu fahiş fiyat uygulayarak kötüye kullanmış olabileceği

yönündeki raportör tespitleri göz önüne alınarak Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

Bu karar üzerine, 15.12.1999 tarihinde, Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca ilgili teşebbüse soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunulmuş, 17.12.1999 tarihinde söz konusu karara ilişkin tebligatı alan Armada A.Ş.nin ilk yazılı savunması 17.1.2001 tarih ve 168 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.

Kurul'un 30.5.2000 tarihinde aldığı kararla 4054 sayılı Kanun'un 43/1. maddesi uyarınca soruşturmanın süresi 6 ay uzatılmıştır.

Soruşturma Heyeti'nce tamamlanan 30.11.2000 tarih ve SR/00-15 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüse 5.12.2000 tarihinde gönderilmiş ve ilgili teşebbüs Soruşturma Raporu'nu 6.12.2000 tarihinde tebellüğ etmiştir.

Soruşturma Raporu'nun tebliğini takiben, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs, 12.12.2000 tarih ve 5108 sayılı başvurusu ile, Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca savunma sürelerinin 30 gün uzatılmasını talep etmiş, bu talep Kurul'un 21.12.2000 tarih ve 00-50 sayılı toplantısında görüşülerek kabul edilmiştir.

Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsün ikinci savunması 30.1.2001 tarihinde Kurum'a intikal etmiştir.

Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı, 14.2.2001 tarihli ek yazılı görüş, Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüse gönderilmiş ve ilgili teşebbüs 20.3.2001 tarihinde ek yazılı görüşü tebellüğ etmiştir.

İlgili teşebbüsün ek yazılı görüşe karşı yazılı savunması 21.3.2001 tarih ve 1143 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına girmiştir.

Soruşturma kapsamındaki teşebbüsün talebi üzerine; Rekabet Kurulu'nun 10.4.2001 tarih ve 01-18 sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 17.5.2001 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü

(05-79/1099-316)

savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

17.5.2001 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısına şikayetçi Beyaz Ltd. Ş. ile hakkında soruşturma yapılan Armada A.Ş. temsilcileri katılmışlardır.

Toplantıda iddialar ve savunmalar dinlenmiştir.

Rekabet Kurulu, 29.5.2001 tarihinde nihai kararını vermiş ve karar 30.5.2001 tarihinde teahhim edilmiştir.

Beyaz Ltd. Ş. tarafından Rekabet Kurulu'nun 29.5.2001 tarih ve 01-25/238-61 sayılı kararının sonuç bölümünün 3. ve 4. maddelerinin iptali talebiyle dava açılmıştır.

Anılan, Kurul'un 29.5.2001 tarih ve 01-25/238-61 sayılı kararı "Soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu" gerekçesiyle Danıştay 13. Dairesi'nin 10.10.2005 tarih ve 2005/939 E., 2005/4940 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Bu karar üzerine, Kurul ilk inceleme ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, Danıştay'ın iptal kararları, tüm dosya müdürecatında yer alan bütün bilgi ve belgeleri inceleyerek 24.11.2005 tarihinde dosyaya ilişkin nihai kararını vermiştir.

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

Soruşturma raporunda;

- Armada A.Ş.'nin fahiş fiyat uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığının tespit edilemediği,
- Armada A.Ş. ile Novell Ireland Software Ltd. (Novell İrlanda) firması arasında yapılan distribütörlük anlaşmasının 4054 sayılı Kanun'a aykırı hükümler içermediği,
- Armada A.Ş. ile Novell İtalya Ofisi arasında paralel ithalatı engelleme amacı taşıyan bir sözlü anlaşmanın mevcut olduğu, bu anlaşmanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi gereği yasaklandığı, bu nedenle Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası gereği Armada A.Ş.'ye para cezası uygulanması gerektiği,
- Armada A.Ş. ile Novell İtalya Ofisi arasında yapılan söz konusu rekabete aykırı sözlü anlaşmanın 1997/2 sayılı "Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10. maddesine göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği" çerçevesinde bildirilmesi zorunlu anlaşmalardan olduğu, anlaşmanın bildirilmemiş olması sebebiyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereği Armada A.Ş.'nin ve 16. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca adı

(05-79/1099-316)

geçen teşebbüsün yönetim organlarında yer alan gerçek kişilerin cezalandırılmalarının gerektiği,

- Rekabete aykırı sözlü anlaşmanın diğer tarafı olan Novell İtalya'nın İtalya'da mukim bir teşebbüs olması nedeniyle, 1/95 sayılı Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Konseyi Kararı'nın 43. maddesinin "Topluluğun veya Türkiye'nin, diğer Tarafın topraklarında sürdürülen ve rekabete aykırı olan uygulamaların kendi veya teşebbüslerinin çıkarlarını olumsuz yönde etkilediğine inanması halinde, ilk Taraf, diğer Tarafa durumu bildirebilecek ve diğer Tarafın rekabetle ilgili makamının uygun tedbirleri almasını talep edebilecektir" şeklindeki hükmü uyarınca, Avrupa Komisyonu'nun konuya ilişkin olarak bilgilendirilmesinin ve uygun tedbirleri almasının talep edilmesi gerektiği

kanaat ve sonucuna ulaşıldığı belirtilmiştir.

I- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İLGİLİ PAZAR

I.1.1. İlgili Ürün Pazarı:

İlgili ürün pazarı tespitinde belirleyici olan ürünlerin ikame edilebilirliğidir ve bu açıdan ürünün işlevi ile tüketici tercihlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bilgisayar sektörü "yazılım", "donanım", "hizmet" ve "tüketim malzemeleri" olmak üzere dört alt ürün grubunun oluşturduğu bir üst pazar niteliğini taşımakta olup söz konusu ürün grupları birbirlerini tamamlayıcı niteliktedirler.

Bilgisayar sistemleri arasında bağlantı kurarak ağ (network) sisteminde yer alan bir kullanıcının aynı ortamda bulunan tüm bilgisayarlara erişebilmesi, ağ işletim yazılımları ve ağ donanım ürünlerinin birleşiminden oluşan ağ sistemleri ile mümkündür. Bunların birinde meydana gelen değişim ve gelişmelerin diğerlerini doğrudan etkilemesi nedeniyle alt ürün gruplarını tamamen bağımsız olarak değerlendirmenin doğru olmadığına ilişkin görüşler vardır. Ancak ilgili ürün pazarının tanımlanmasında belirleyici olan, ürünlerin ikame edilebilirliğidir. Bilgisayar sektöründeki ürünlerin birbirlerini tamamlayıcı oldukları ve fakat çok farklı işlevleri nedeniyle kesinlikle birbirleriyle ikame edilebilir olmadıkları açıktır. Dolayısıyla inceleme konusu olan pazar, yazılım alt sektörünün iki kolundan biri olan sistem yazılımları kategorisinde yer alan "ağ işletim yazılımları pazarı" olarak belirlenmiştir.

I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar:

İlgili coğrafi pazar, ithal edilen malların dağıtımının ve perakende satışının yapıldığı "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak kabul edilmiştir.

I.2. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN TEŞEBBÜS

Armada Bilgisayar Sistemleri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

İstanbul Ticaret Sicili'nde 297294 – 244876 sicil numarası ile kayıtlı bulunan Armada A.Ş. 1992 yılında GTK firması ile Karma Holding A.Ş.'nin bir ortak girişimi olarak kurulmuştur.

Bilgisayar sektöründe faaliyette bulunan Armada A.Ş. ağ işletim yazılımı ve donanım ürünlerinin distribütörlüğünü yapmakta ve bu konularda son kullanıcılara hizmet vermektedir.

I.3. TESPİTLER

Dosya mevcudu bilgi ve belgelere göre aşağıdaki tespitlerde bulunulmuştur:

I.3.1. Genel Olarak

“Novell” markası, 99740 sayı ile Novell Inc. adına, bilgisayar ve bilgisayar programları üzerinde kullanılmak amacıyla 551 sayılı Kanun'a göre 27.7.1987 tarihinden geçerli olmak üzere 10 yıl süreyle Marka Sicili'ne tescil edilmiştir. Tescil, daha sonra 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (556 sayılı KHK) 40. maddesi gereğince 27.7.1997 tarihinden itibaren 10 yıl süreyle yenilenmiştir.

“Netware” markası ise, yine bilgisayar ve bilgisayar programları üzerinde kullanılmak üzere 100697 sayı ile yine Novell. Inc. adına 551 sayılı Kanun'a göre 27.7.1987 tarihinden geçerli olmak üzere 10 yıl süreyle Marka Sicili'ne tescil edilmiştir. Tescil, daha sonra 556 sayılı KHK'nin 40. maddesi gereğince 27.7.1997 tarihinden itibaren 10 yıl süreyle yenilenmiştir.

I.3.2. Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Bilgiler

I.3.2.1. Novell Inc. (ABD) Tarafından Yapılan Suç Duyuruları ve Savcılığın Takipsizlik Kararları

Novell Inc. firması vekili tarafından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'na aykırılık iddiasıyla yapılan suç duyurusu ile ilgili olarak, T.C. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 1.8.1997 tarih ve 97/26494 Hz. sayılı kararında, “5846 sayılı Yasanın 72/6. maddesi (...eser sahibinin izni olmadan yapılan nüshaları ithal eden) dolayısıyla, izinsiz çoğaltılmış nüshaların ithalinin yasaklandığı, sanık firmanın bu tür bir ürünü ithal edip sattığına ilişkin delil bulunmadığı, 5846 sayılı Yasanın 23/2. maddesine göre, Novell firması ürettiği programları satarak yayma hakkını tükettiğinden, bu programları satın alıp Türkiye'ye getiren sanık firmanın satışını engelleyemeyeceği, bu konuda hiçbir cezai yaptırım bulunmadığı”ni belirterek takipsizlik kararı vermiştir.

Yine Novell Inc.'in vekili tarafından 556 sayılı KHK'ye aykırılık iddiasıyla yapılan suç duyurusu ile ilgili olarak da İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 18.8.1997 tarih ve 997/26254 Hz. sayılı kararında aynen “Müşteki vekili adlarına tescilli ‘Novell’ ve ‘Netware’ marka bilgisayar programlarının taklitlerinin sanıklar

(05-79/1099-316)

tarafından yetkileri olmadığı halde satışının yapıldığının şikayeten bildirilmiş ise de; sanıkların belirtilen adresteki işyerinde yapılan aramada şikayete konu ürünlerin bulunmadığı 3.7.1997 tarihli arama tutanağı kapsamında anlaşılması olup; sanıkların savunması ve sanıklar vekilinin 18.7.1997 tarih ve 31.7.1997 de Başsavcılığımıza ibraz edilen savunma dilekçesi ve ibraz edilen fatura ve gümrük makbuzları ile yasal yollardan ithal edilen ürünlerin satışının yapıldığı belirtilmiştir. Bu itibarla sanıkların iş yerinde şikayete konu ürün elde edilmediği ” belirtilerek takipsizlik kararı verilmiştir.

I.3.2.2. Beyaz Ltd. Ş.'nin Yayımlattığı Reklamlara İlişkin Reklam Kurulu'na Yapılan Şikayet

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Başkanlığı'nca Beyaz Ltd. Ş.'ye yazılan 17.10.1997 tarih ve 10694 sayılı yazıda, yapılan bir başvuru üzerine Beyaz Ltd. Ş.'ye ait, BT Haber Dergisi'nin 5.8.1996 tarihli ve Chip Dergisi'nin Temmuz 1996 tarihli nüshalarında yayımlanan “Gerçek Novell, Gerçek Fiyat” başlıklı; Computer World Dergisi'nin Ağustos 1996 tarihli nüshasında yayımlanan “Gerçek Fiyata, Gerçek Novell” başlıklı; BT Haber Dergisi'nin 29.4.1996, Chip Dergisi'nin Mayıs 1996 ile Haziran 1996 ve Byte Dergisi'nin Mayıs 1996 tarihli nüshalarında yayımlanan “Lisanslı Kullanıcı olmak için Novell alırken sadece bu karta ihtiyacınız var” başlıklı reklam ve ilanlara yönelik olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ve 17. maddeleri ile Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ hükümleri çerçevesinde yapılan inceleme sonucunda söz konusu reklamların 4077 sayılı Kanun'a aykırı olmadıklarına karar verildiği belirtilmiştir. Bu karara itiraz edilmemiştir.

I.3.2.3. Armada A.Ş.'nin Yayımlattığı Reklamlara İlişkin Reklam Kurulu'na Yapılan Şikayet ve Verilen Cezanın İptali İçin Açılan Dava

Armada A.Ş. tarafından 5-11.8.1996 tarihli BT Haber Dergisi'nde yayımlattırılan "En iyi performans en iyiden alınır" başlıklı reklamın, Reklam Kurulu'nca 4077 sayılı Kanun'a aykırı bulunarak 12.000.000.000,- TL'lik para cezası ile cezalandırılmasına yönelik tesis olunan idari işlemin, Novell'e ait network programlarının Türkiye'ye ithal, yayma ve yararlanma haklarının distribütörlük sözleşmesi ile sadece Armada A.Ş.'ye ait olduğu ve bu nedenle dürüst reklam yapıldığı gerekçesiyle iptal edilmesi talebini haiz dava sonucunda Ankara 5. İdare Mahkemesi 8.7.1999 tarih ve 997/1042 E., 1999/599 K. sayılı kararı ile davanın reddine karar vermiştir.

Söz konusu kararda; Armada A.Ş. dışındaki firmaların da Novell bilgisayar programlarını Türkiye'ye ithal edip satışa sunma hakkı bulunduğu, bu arada Beyaz Ltd. Ş.'nin ithal edip Türkiye'de sattığı Novell bilgisayar programlarının orijinal nitelikte olduğu yetkili makamlarca tespit edildiği, Armada A.Ş.'nin 5-11.8.1996 tarihli BT Haber Dergisi'nde yayımlattığı "En iyi performans, en iyiden alınır. Sadece kutuları üzerinde 'Armada güvencesiyle' sticker'ı bulunan Novell ürünlerini alanlar 'Lisanslı Novell Kullanıcısı' olurlar" ifadesini taşıyan reklamın gerçeği yansıtmadığı, dolayısıyla ticari reklamların dürüst ve doğru

(05-79/1099-316)

olmasını, tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı reklam yapılamayacağını öngören 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ihlal edildiği yolundaki bilirkişi raporuna dayanılarak dava konusu idari işlemin mevzuata aykırı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

I.3.3. Paralel İthalat

Paralel ithalat, fikri ve sınai hak sahibi veya onun izni ile bir başkası tarafından bir ülkede piyasaya sunulan bir malın aynısının üçüncü kişilerce bir başka kaynaktan sağlanmak suretiyle yasal prosedürüne uygun olarak o ülkeye ithal edilmesi işlemi olarak tanımlanabilir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, paralel ithalatın gerçekleşebilmesi için ithal edilen mal ile o ülkede daha önce piyasaya sunulan mal arasında bir ayniyetin bulunması gerekmektedir. Mallar arasında farklılığın olması durumunda paralel ithalattan değil, gri ithalattan bahsedilebilir. Ancak bu farklılığın fikri ve sınai hak sahibi veya onun izni ile bir başkası tarafından yapılan bir müdahale ile yaratılması da gerekli şartlar arasındadır.

Paralel ithalat konusunda fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme bulunmaması ve soruşturma konusunun Novell markalı ağ işletim yazılımlarının paralel ithalatının engellenmesi olması dolayısıyla, durumun önce markaların korunması hakkında mevzuat açısından, sonra fikri ve sınai haklar ve malların serbest dolaşımı çerçevesinde Türkiye'nin, Avrupa Birliği ile ilişkileri açısından ve son olarak rekabet mevzuatı açısından incelenmesi uygun olacaktır.

I.3.3.1. Markalarla İlgili Mevzuat Açısından Paralel İthalat

556 sayılı KHK'nin 9. maddesinde marka tescilinden doğan hakların kapsamı belirlendikten sonra "Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi" başlıklı 13/1. maddesinde aynen "Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki bir mal üzerine konularak marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiler marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır." şeklindeki hükme yer verilmiştir.

Doktrinde yer alan görüşler incelendiğinde markaların korunması ile ilgili mevzuatın paralel ithalata yönelik açık bir düzenlemeye sahip olmadığı gibi doktrinde de tam bir fikir birliği bulunmadığı görülmektedir.

I.3.3.2. AB ve Türkiye İlişkileri Açısından Fikri ve Sınai Haklar

Türkiye ile AB arasındaki ilişkinin hukuki temeli 1964 senesinde yürürlüğe giren Ankara Anlaşması'dır. Bu anlaşmada yer verilen son döneme ilişkin şartlar 1.1.1996 tarihinde yürürlüğe giren 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (OKK)'nda belirtilmiştir.

1/95 sayılı OKK'de fikri ve sınai haklara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. OKK'nin "Yasaların Uyumlaştırılması" başlıklı kısmının fikri, sınai ve ticari mülkiyetin korunması ile ilgili birinci bölümünde yer alan 29. maddesinde;

(05-79/1099-316)

"1. Taraflar fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının uygun ve etkin biçimde korunması ile uygulamasını sağlamak konusuna verdikleri önemi teyid ederler.

2. Taraflar, fikri mülkiyet haklarına Gümrük Birliğini oluşturan iki tarafta da eş düzeyde verimli koruma sağlanması halinde Gümrük Birliğinin düzgün işleyebileceğini kabul etmektedirler. Bu doğrultuda, bu Kararın Ek 8'de belirlenen yükümlülükleri üstlenmektedirler."

ifadeleri yer almaktadır.

Ek 8'de, on madde halinde düzenlenen yükümlülüklerin ilki Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) çerçevesinde 1994 yılında imzalanan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPs)'na ilişkin taahhüttür. Bu çerçevede, Türkiye, OKK'nin yürürlüğe girmesinden itibaren 3 yıl içinde TRIPs Anlaşması'nı uygulayacağını taahhüt etmektedir. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nın bir eki olarak hazırlanan TRIPs Anlaşması, tüm fikri ve sınai haklarda üye ülkelerin dikkate alması gereken minimum standartları belirlemiş ve fikri ve sınai haklar çerçevesinde "Hakkın Tüketilmesi" ilkesine yer vermiştir. Bu ilkenin düzenlendiği 6. madde, fikri ve sınai hakların tüketilmesi ile ilgili uyuşmazlıkların, bu anlaşma kapsamında çözüme ulaştırılmayacağı konusunda düzenleme getirmiştir. Yine aynı maddeye göre bu konunun tek istisnası, hakkın tüketilmesi ilkesinin, TRIPs Anlaşması'nın ulusal muamele ve en çok kayırlan ülke kaydı ile ilgili maddelerini ihlal eder biçimde uygulanması durumudur.

1/95 sayılı OKK'nin 8 sayılı Ek'inin TRIPs Anlaşması ile ilgili getirdiği düzenlemeyi takip eden maddelerinde, uluslararası sözleşmelere ilişkin yükümlülükler ele alınmıştır. Kararın yürürlük gününden önce ve sonraki üç yılda taraf olunacak uluslararası sözleşmeler belirtilerek Türkiye'nin bu düzenlemelere taraf olması gerektiği vurgulanmaktadır. Getirilen bir diğer yükümlülük ise TRIPs Anlaşması'na uyumun yanı sıra AT'nin bu konudaki mevzuatına uyumdur. Fikri ve sınai haklar mevzuatının bir kısmına OKK'nin yürürlük tarihinden önce uyum sağlanması şartı getirilmiş, geri kalan kısmı için yürürlük tarihinden itibaren 3 yıllık bir süre tanınmıştır.

8 sayılı Ek'in 10. maddesinde ise hakkın tüketilmesine ilişkin hüküm yer almaktadır. 10/2. maddede "Bu karar, iki taraf arasındaki ticari ilişkilerde uygulanan fikri-sınai ve ticari hakların tüketilmesi sonucunu doğurmaz" denilerek hakkın tüketilmesi ilkesinin Türkiye-AT Gümrük Birliği ilişkisinde uygulanmayacağı öngörülmüştür.

1.3.3.3. Rekabet Mevzuatı Açısından Paralel İthalat

Rekabet mevzuatı açısından konunun değerlendirilmesinde öncelikle paralel ithalatın nedenleri ve dolayısıyla engellenmesinin sebepleri üzerinde durulacaktır.

Fikri hak sahipleri, yıllar boyunca kendi yarattıkları mallar üzerinde azami korumayı sağlamayı hedeflemiş, buna karşılık malı satın alan kişiler de, satın aldıkları bu malı diledikleri şekilde kullanmak istemişlerdir. Karşılıklı çıkar çatışmaları neticesinde, serbest ticaret ile fikri mülkiyetin korunması; kamu yararı ile kişisel kullanım özgürlüğü arasında dengeyi temin etmek amacıyla fikri

mülkiyet haklarının tükenmesi ilkesi ortaya çıkmıştır. Bu ilkeyle birlikte kurulacak olan dengeden, fikri hak sahibi açısından markanın zarar görmesini engelleyecek bir koruma getirmesi, malın yeni maliki açısından ise markaya zarar vermediği sürece malın yeniden satımı ve benzeri konularda serbestçe davranabilmesini sağlaması beklenmektedir. Diğer bir anlatımla fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahibi, malını ilk defa piyasaya sürme konusunda kendi kontrolünde olan tekel hakkına sahip olmakla birlikte bu hak, daha sonra malın piyasada yasal dolaşımını kontrol etme yetkisini de kapsamaz. Ancak günümüzde bu dengenin fikri hak sahipleri lehine bozulmasına yönelik bir eğilim görülmektedir. Asıl amacının markayı korumak olan düzenlemelerin; fikri hak sahibinin ticari kazancını artırmaya yönelik olarak gerçekleştirdiği faaliyetleri korumaya varan, buna karşılık yeniden satıcıların ve tüketicilerin markalı mal üzerindeki tasarruf haklarını gerektiğinden fazla sınırlandıracak şekilde yorumlandığı görülmektedir. Bu aşamada ticaret serbestinin sağlanmasında önemi olan paralel ithalat konusunda açıklamalar yapmak yerinde olacaktır.

Paralel ithalat, ülkeler arasında yapılan ticaret neticesinde ortaya çıkan bir kavramdır. Bir ülkede satışa sunulan bir malın, aynı malın satışının yapıldığı bir başka ülkeye ithal edilmesiyle birlikte ortaya çıkan paralel ithalatın temel nedenlerinden biri iki ülke arasındaki fiyat farklılığıdır. Bu durumda paralel ithalatçılar tarafından, fiyatı ucuz olan ülkeden alınan mal, pahalı olan ülkeye ithal edilecektir.

Marka sahibinin bu iki ülke için uyguladığı fiyatlarda farklılaşmaya gitmesinin iki önemli nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki marka sahibinin yeni girdiği veya pazar payını artırmayı hedeflediği piyasalarda tutunma amacıdır. Diğer sebep ise üretim faktörleri fiyatlarının üretim yapılan ülkelerde farklılık göstermesidir. İş gücünün ucuz olması, üretilen ülkedeki malların fiyatlarının da ucuz olmasını doğurabilecektir. Bu iki temel sebebe dayanan fiyat farkı nedeniyle üçüncü kişilerce gerçekleştirilen paralel ithalatın engellenmeye çalışılması, hak sahibinin fikri ve sınai haklarından ziyade, hak sahibinin pazar stratejisini koruma amacına hizmet edecektir. Oysa, gerek markaların korunmasına yönelik mevzuatta, gerekse rekabetin korunmasına ilişkin mevzuatta marka sahibinin pazar stratejisini oluşturmasına yönelik faaliyetlerini koruma amacını taşıyan bir düzenleme bulunmamaktadır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun "paralel ithalat" konusuna doğrudan bir düzenleme getirmemiştir. Ancak Kanun'un 4(d) ve 6(a) maddeleri, rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemleri yasaklamış, paralel ithalatın engellenmesi de bu sonuçları doğurması açısından Kanun kapsamında değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda, markalı malın Türkiye'de piyasaya sunulduğu andan itibaren hak sahibinin, markanın korunması ile ilgili mevzuat çerçevesinde korunan kötüye kullanım halleri saklı kalmak kaydıyla, malın yeniden satışını ya da yasal yollarla orijinal malın ülkeye ithalini engelleyici bir hakka sahip olduğu ileri sürülemez.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, Police marka güneş gözlüklerinin paralel ithalatına ilişkin olarak vermiş olduğu 12.3.1999 tarih ve 1998/7996 Esas sayılı

(05-79/1099-316)

kararı ile Dexter markalı ayakkabıların paralel ithalatına ilişkin olarak vermiş olduğu 14.6.1999 tarih ve 1999/3243 Esas sayılı kararı da bu görüşü doğrular niteliktedir.

Yargıtay'ın ilgili kararları incelendiğinde, paralel ithalata ilişkin doktrinde tartışılmakta olan konuya, marka sahibinin farklı dağıtım kanallarına farklı fiyatlarla satmış olduğu mallardan elde edeceği kârı maksimize etmesine yardımcı olma amacını taşımayan, amacı sadece markaların korunmasını sağlamak olan markalarla ilgili mevzuat açısından yaklaştığı kadar; mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları önlemek amacını haiz 4054 sayılı Kanun kapsamında da yaklaşarak karar verdiği görülecektir. Yargıtay, Rekabet Mevzuatı'nda düzenlenmeyen ilk satış hakkını da içeren kararında "paralel ithalat"ın engellenemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına göre, Türkiye'de markası tescil edilmiş bir malın, marka sahibi ya da yetkili satıcısı tarafından Türkiye'de piyasaya sunulmasının ardından, üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak ithal edilmesine, yani paralel ithalat yapılmasına engel olunamayacağı açıktır.

Sözü edilen tüm görüşler rekabetçi bir piyasanın sağlanması amacını taşıyan 4054 sayılı Kanun'un düzenlemeleriyle birlikte değerlendirildiğinde; paralel ithalat kavramının, hak sahibi tarafından bir ülkede piyasaya sunulan bir malın aynısının üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak bir başka ülkeden o ülkeye ithal edilmesi ve piyasaya sunulması şeklinde tanımlanması ve rekabet mevzuatı yönünden bu hakkın varlığının kabul edilip korunması gerektiği sonucuna varılmıştır.

J- SAVUNMALAR VE BUNLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

J.1. İlgili Ürün Pazarına İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi

İlgili ürün pazarına ilişkin olarak savunma dilekçesinde özetle, ilgili ürün pazarının ağ işletim yazılımları pazarı olarak tespit edilmesinin yeterlilikten uzak olduğu, bilgisayar sektöründe, ağ işletim yazılımları da dahil, her ürün için ikame bulmanın mümkün olduğu, nitekim Windows for Workgroups, UNIX ve LINUX adlı işletim sistemlerinin Novell Netware'in ikamesi olduğu, ağ işletim yazılımlarının ve ağ donanım ürünlerinin birbirlerinin yüzde yüz oranında tamamlayıcısı oldukları ve tüm bu nedenlerle ilgili ürün pazarının ağ sistemleri pazarı olarak tespit edilmesi gerektiği iddia edilmiştir.

Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere ağ donanımları ile ağ yazılımlarının birbirinin ikamesi olamayacağı açıktır. Birbirini tamamlayan ürünler açısından değerlendirildiğinde, nasıl ki bir otomobil lastiği üreticisi bir otomobil motoru üreticisine rakip olamaz ve lastik üreticileri hakkında yürütülen bir soruşturma için ilgili ürün pazarı olarak tüm otomotiv sektörü belirlenemezse, benzer sebeplerle ağ donanımları ile ağ yazılımlarının aynı pazar içerisinde tanımlanması da mümkün değildir. Konuyla ilgili bilgi yetersizliği, teknik açıdan oldukça karmaşık yapıya sahip olan sektöre ilişkin yanlış saptamalara sebebiyet verebilmektedir.

(05-79/1099-316)

Ağ sistem yazılımları, ağ üzerinden bilgi sistemlerinin iç bilgi kaynaklarını (dosyalar vb.) ve bunların çıktılarını (yazıcı vb.) paylaştırmaya yönelik bilgisayar programlarıdır. Ağ donanım ürünleri ise bilgi sistemlerini ve bunların parçalarını birbirine bağlamak üzere tasarlanıp üretilen elektronik cihazlardır. Dolayısıyla bunlar arasındaki tamamlayıcılık ilişkisi yüksek olsa da ticari mal olarak tamamen ayrı kategoridedirler.

TCP-IP (Ağ Protokolüdür. Ağ protokolleri bir makinenin başka bir makineyle nasıl haberleşeceğini belirler. İnternet protokolü [IP] internet üzerindeki her türlü haberleşmenin temelini oluşturan benzer kuralları tanımlar. Çoğu protokolde olduğu gibi internet protokollerinde de katmanlar vardır. İnternet Protokolü [IP] temeli oluşturur. Onun üzerinde İletim Kontrol Protokolü [TCP] denen başka bir protokol yer alır. Çoğunlukla bu iki protokol TCP-IP olarak beraber kullanılır)'nin bir ağ protokolü olarak ortaya çıkışı IPX'e göre daha sonra olmuştur. TCP-IP, IPX (İnternet Paket İletimi: Novell'in, Netware [Novell'in, bilgisayarların haberleşmesini sağlayan programı] programı kullanıcılarının birbirleri ile haberleşmesini, veri iletimini sağlayan standartlaşmış iletişim protokolü)'in tam ikamesi değildir. Bunların birbirini tam ikame etmediği kullanım alanları söz konusudur. Bu iki ürün birbirinden farklı standartlaşmıştır. Novell Netware ürünü piyasada uzun süre tekel sayılabilecek bir konumda bulunmuş ve ağ donanım parçaları da sadece Novell ile uyumlu olarak üretilmiştir.

Bu ürünler aynı platformda çalışmamaktadır ve çalışma mantıkları farklıdır. Novell Netware üzerinde Windows uygulaması çalıştırılabildiği halde Windows üzerinde Novell çalıştırılmamaktadır.

UNIX, bir ya da birden fazla kullanıcının ticari/teknik uygulama programlarının bir ağ üzerinden ortak kullanımını sağlayan bir işletim sistemidir. Netware ise birden fazla kullanıcının bir ağ üzerindeki kaynaklara erişimini sağlayan bir ağ işletim sistemidir. UNIX'in temel fikri bilgisayar sistemlerinin kaynaklarının, kullanıcıların kullanımına açılımını sağlamaktır. Netware'in temel fikri ise ağ üzerinde bulunan çeşitli kaynakların kullanıcılar tarafından paylaşımını ve erişimini denetlemektir. Bu ürünler tamamen farklı platformlardadır. Bunlar çok sınırlı alanlarda birbirinin yerine kullanılabilenekte ise de uygulama alanı açısından aynı ürün piyasasında rakip olmaları söz konusu değildir.

LINUX ise UNIX'in bir türevinden yola çıkarak dünya çapında pek çok programcının ortak çabasıyla geliştirilmiş olan bir bilgisayar sistemidir. LINUX hemen tüm bilgisayar işletim sistemleri gibi ağ üzerinde yer alarak çalışma yeteneğine sahip ise de teknik açıdan bir "ağ işletim sistemi" değildir.

Bu ürün kategorileri birbirinin tamamlayıcısı olsa da işlevsel olarak farklı ürün pazarında yer alırlar. Herkesçe bilindiği gibi iktisat teorisine göre de tamamlayıcı ürünler değil ikame ürünler aynı ürün pazarında yer alırlar. Dolayısıyla, ilgili ürün pazarı, soruşturma raporunda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ağ işletim yazılımları pazarıdır.

J.2. Hukuki Değerlendirmeye İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi

Savunmalarda, Armada A.Ş.'nin soruşturma konusuyla ilgili olarak fikri ve sınai mülkiyet haklarından kaynaklanan hiçbir tekelleci hakka sahip olmadığı gibi bu tip hakların kötüye kullanımından doğacak ihlallere de taraf olmadığı, Armada A.Ş. ile Novell arasında akdedilen sözleşmede Armada A.Ş.'ye hiç bir münhasır hak tanınmadığı, sözleşmenin 2. maddesinde Armada A.Ş.'nin münhasır olmayan yetkilere sahip olduğu, 6. maddesinde ise Novell'in Armada A.Ş.'ye fikri mülkiyet hakları kapsamında hiç bir yetki devri yapmadığı ve tüm bu hakların Novell'e ait olduğu belirtilmiş, dolayısıyla Armada A.Ş.'nin paralel ithalatı engelleyebilecek hiç bir güce ve yetkiye sahip bulunmadığı iddia edilmiştir.

Soruşturma konusu husus Armada A.Ş. ile Novell firmaları arasında imzalanan distribütörlük anlaşmalarına ilişkin bir ihlali içermemektedir. Distribütörlük anlaşmaları incelenmiş ve Soruşturma Raporu'nun ilgili bölümünde ayrıntılarıyla ele alınmıştır. Dolayısıyla distribütörlük anlaşmalarında ihlal olmadığına ve Armada A.Ş.'nin hakim durumun kötüye kullanımından doğacak bir ihlale taraf olamayacağına yönelik yapılan savunma yersizdir. Soruşturma Raporu'nda böyle bir iddiada bulunulmamış, ancak Armada A.Ş. ile Novell İtalya arasında rekabeti ihlal amacı taşıyan sözlü bir anlaşmanın bulunduğu belirtilmiştir.

J.3. İhlal İddialarının Mahkemelerde Halen Devam Etmekte Olan İhtilaflara Dayandırılmasına İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi

Savunmalarda, ihlal iddialarının tamamen Türk Ticaret Kanunu, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamına girerek adli yargıya intikal etmiş ve bir kısmı halen devam etmekte olan davalara dayandırıldığı, bu durumda Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası uyarınca Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin olarak herhangi bir işlem tesis etme yetkisinin bulunmadığı ileri sürülmüştür.

Yapılan incelemeler neticesinde ortaya atılan iddialar, devam etmekte olan davalara dayandırılmamaktadır. Söz konusu davalar 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile doğrudan ilişkili olmadıklarından soruşturmaya konu teşkil eden olay anılan yasa kapsamında incelenmiştir. Soruşturma Raporu'nda bahsi geçen sözlü anlaşmaya ilişkin olarak yargıya intikal etmiş bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun bu konuya ilişkin olarak işlem tesis etmesi konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır.

J.4. İlgili Ürün Piyasasındaki Pazar Paylarına İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi

Savunmalarda, Armada A.Ş.'nin yazılım, donanım ve hizmet sektörlerindeki pazar paylarının oldukça düşük olduğu, Armada A.Ş.'nin hakim durumda bulunmadığı iddia edilmiştir.

Rekabet Kurumu Araştırma Dairesi tarafından hazırlanmış olan Bilgisayar Sektörü Raporu kaynak gösterilerek verilen tablolardaki Armada A.Ş.'nin "Yazılım Gelirleri" içindeki ve "Sistem Yazılımları" içindeki pazar paylarına işaret edilmek

suretiyle Armada A.Ş.'nin ilgili ürün pazarı olarak tespit edilen "ağ işletim yazılımları" pazarında hakim durumda bulunup bulunmadığını söylemek güçtür. Nitekim yazılım sektörü içinde işletim sistemleri, sistem yazılımları, yazılım geliştirme araçları, güvenlik yazılımları, uygulama yazılımları gibi çok sayıda alt sektör bulunurken "Sistem Yazılımları" dahi işletim sistemleri yazılımları ve ağ yazılımları gibi farklı alt ürün pazarlarını kapsamaktadır. Genel olarak bakıldığında bilişim sektöründe firma sayısının çokluğu ve alternatif temin kaynaklarının mevcudiyeti de bir vakıadır. Esasen Soruşturma Raporu'nda da hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik bir suçlama yapılmamıştır.

J.5. Soruşturmanın Sadece Armada Bilgisayar Sistemleri A.Ş. Aleyhine Açılmasına İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi

Savunmalarda, rekabet ihlalinin varlığı halinde anlaşmanın her iki tarafı hakkında da soruşturma açılması gerektiği, sadece Türkiye'de yerleşik Armada A.Ş. hakkında soruşturma açılmasının yerinde olmadığı iddia edilmiştir.

Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin Türkiye sınırları içerisinde rekabeti ihlal etmeleri durumunda, Ortaklık Konseyi Kararı'nda yer alan rekabet kuralları geçerli olacaktır.

1/95 sayılı OKK'nin 30. maddesinde,

"... amaçları veya etkileri rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan tüm kuruluşlar- arası anlaşmalar, kuruluşların örgütlerince alınan kararlar ve ortak uygulamalar, özellikle de;

...

(b) üretimi, pazarları, teknik ilerlemeyi ve yatırımları sınırlayan veya denetim altına alanlar;

(c) pazarları veya kaynakları paylaşmaya yönelik olanlar;

...

takdirde Gümrük Birliği'nin iyi işleyişiyle bağdaşmaz sayılarak Topluluk ile Türkiye arasındaki ticareti etkileme olasılığı taşıdıkları ölçüde yasaklanır."

hükmüne yer verilmiştir. Bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak da 35. maddenin birinci fıkrası "Ortaklık Konseyi, Gümrük Birliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde, 30., 31., 32. maddeler ile 33. maddenin ilgili hükümlerinin uygulanması için gereken kuralları bir kararla benimseyecektir. Bu kurallar, AT içinde halihazırda mevcut olan kuralları temel alacak ve başka hususların yanısıra, rekabetle ilgili kurumların görevlerini belirleyecektir." şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında,

"Bu kurallar kabul edilinceye kadar:

a. Topluluk ve Türkiye'deki makamlar, anlaşmaların, kararların, ortak uygulamaların ve hakim durumun kötüye kullanılmasının kabul edilebilir olup olmadığı hususunu, 30. ve 31. maddeler çerçevesinde belirleyeceklerdir."

hükmüne yer verilmiştir. Topluluğun veya Türkiye'nin belli bir uygulamayı 30, 31 ve 32. maddelere aykırı bulması halinde yapılması gerekenler 36. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu madde gereğince 30., 31. ve 32. maddelere aykırı bir uygulamanın 35. maddede bahsedilen uygulama kuralları ile yeterince ele alınmamış olması veya bu kuralların bulunmaması ve söz konusu uygulamanın, bir tarafın çıkarlarına veya sanayie ciddi zararlar getirmesi veya getirme tehdidini yaratması halinde, söz konusu taraf, Gümrük Birliği Ortak Komitesi bünyesinde gerçekleştirilecek danışma temalarını takiben veya bu temalar için talepte bulunmasından sonra 45 işgünü sonunda uygun önlemleri alabilecektir. Novell İtalya'nın İtalya'da mukim bir teşebbüs olması ve Türkiye'de rekabeti engelleme amacı taşıyan bir anlaşmanın tarafı olduğu kanaatine varıldığı takdirde Avrupa Komisyonu'nun konuya ilişkin olarak bilgilendirilmesinin gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, 4. madde kapsamında yürütülen soruşturmanın sadece Armada A.Ş. aleyhine açılması doğru olup, nihai kararda rekabet ihlalinin varlığının tespiti halinde sözlü anlaşmanın diğer tarafı olan Novell İtalya firması ile ilgili olarak Avrupa Komisyonu'nun bilgilendirilmesi söz konusu olacaktır.

J.6. Novell Türkiye Ofisine ilişkin Savunma ve Değerlendirmesi

Savunmalarda, raportörlerin incelemelerinde Novell Türkiye'den herhangi bir bilgi talep edilmediği, Rekabet Kurumu'nun, Novell'in Türkiye'de bir ofisinin bulunduğunu tespit edememiş olduğu kaygısının taşındığı ifade edilmiştir.

Soruşturma Raporunda da belirtildiği üzere, önaraştırma döneminde yapılan incelemeler sırasında Novell Türkiye Ofisi'nin faaliyette bulunmaması sebebiyle bilgi alınamamış olmakla beraber Novell Türkiye Ofisi, Ekim 1999 yılında kurulmuş olup, soruşturma konusu ile doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır.

K- GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

Her ne kadar Armada Bilgisayar Sistemleri A.Ş. Genel Müdürü'nün basına yapmış olduğu açıklamalar ve firma tarafından verilen reklamlar Armada A.Ş.'nin "paralel ithalat"ı engellemeye yönelik davranışları olarak kabul edilebilir görünse de, Novell İtalya ile Armada A.Ş. arasındaki ilişki mal tedariki ve pazarlaması dışında, başkaca ve 4054 sayılı ihlal edici nitelikteki bir faaliyeti kapsamamaktadır. Novell İtalya'nın vermiş olduğu reklam, üçüncü taraflarca gerçekleştirilecek FSEK kapsamında ihlal niteliğini haiz davranışlar karşısında kamuoyunu bilgilendirmeye yönelik bir içeriğe sahiptir. Armada A.Ş.'nin tek taraflı olarak gerçekleştirdiği faaliyetler, bu bağlamda Novell İtalya'yı bağlamamaktadır. Kaldı ki, Novell firması Armada A.Ş. ile çalışmaya son vermiştir. Bu gelişmeler de göstermektedir ki, Novell firmasının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek şekilde Türkiye çapında tekelleşmeye yönelik üçüncü firmaları piyasa dışına itici faaliyetleri bulunmamaktadır. Bu açıklamalar ışığında Armada A.Ş. ile Novell İtalya'nın belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan

(05-79/1099-316)

veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan sözlü bir anlaşma veya uyumlu eylem içinde olmadıkları anlaşılmaktadır.

Ancak, yasal yollarla yapılan ithalatın engellenmesinin rekabet mevzuatına aykırılık teşkil edeceğine, diğer bir deyişle paralel ithalatın engellenemeyeceğine ilişkin olarak açıklama yapmak gerekli görülmüştür.

Paralel ithalatı engellemeye yönelik girişimler, rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesine, faaliyetlerinin zorlaştırılmasına neden olacaktır. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (d) bendinde örneklendiği üzere, doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaları, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerini, bu cümleden olarak da paralel ithalatı engellemeye yönelik karar ve eylemleri yasaklamaktadır. Kanun, 6. maddesinin (a) bendinde örneklendiği üzere, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasını, bu cümleden olarak da paralel ithalatı engellemeye yönelik karar ve eylemleri yasaklamaktadır. Dolayısıyla, Türkiye'de markası tescil edilmiş bir malın, marka sahibi ya da yetkili satıcısı tarafından Türkiye'de piyasaya sunulmasının ardından, üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak ithal edilmesine, yani paralel ithalat yapılmasına engel olunması 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri uyarınca yasaklanmıştır.

Armada A.Ş. ile Novell İrlanda arasında akdedilmiş olan distribütörlük anlaşması Armada A.Ş.'ye münhasır olmayan bir hak tanımaktadır ve anlaşmada 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Diğer yandan ihlale konu olan dönemde ilgili ürün pazarında hakim durum tespiti yapmaya yeterli veriler bulunmadığı gibi ihlalin sağlıklı pazar bilgilerine ulaşılamayacak kadar geçmiş bir döneme rastlaması ile sektörün karmaşık yapısı ve istatistiki bilgilerin kıtlığı da nazara alındığında Armada A.Ş.'nin hakim durumda bulunduğu sonucuna varmak mümkün görülmemiştir.

Armada A.Ş.'nin elektronik posta yazışmalarında ve basın demeçlerinde kendini gösteren paralel ithalatı engellemeye dönük tek taraflı faaliyetleri Novell İtalya'yı bağlamamaktadır. Dolayısıyla Armada A.Ş. ile Novell İtalya arasında paralel ithalatı engelleme amacı taşıyan bir sözlü anlaşmanın ve bundan kaynaklanan bir rekabet ihlalinin varlığından söz edilemez.

Sonuç olarak, somut olayda hakkında soruşturma yapılan Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Novell İtalya arasında paralel ithalatı engellemek suretiyle rekabetin ihlaline yol açan bir sözlü anlaşmanın varlığı iddiasına katılmamış ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun hükümlerine aykırı bir eylem bulunmadığından anılan teşebbüse 4054 sayılı Kanun'daki cezai yaptırımların uygulanmasına gerek görülmemiştir.

Karara karşı Danıştay'a yapılan başvuruda kararın 1 ve 2. maddelerine itiraz edilmemesi neticesi adı geçen maddeler kesinleşmiş, bu nedenle söz konusu maddelere sonuç bölümünde yeniden yer verilmemiştir. Anılan maddeler

(05-79/1099-316)

çerçevesinde, Türkiye'de markası tescil edilmiş bir malın, marka sahibi ya da yetkili satıcısı tarafından Türkiye'de piyasaya sunulmasını müteakip, üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak ithal edilmesine (paralel ithalat) engel olunamayacağı tespit edilmiş olmaktadır.

L- SONUÇ

İlk inceleme, önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, Danıştay'ın iptal kararları, tüm dosya münderecatında yer alan bütün bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda;

1. 13.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5388 sayılı yasa nedeniyle 8 Kurul üyesinin katılımıyla toplantının yapılabileceğine OYÇOKLUĞU ile,
2. 03-55/645-296 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline ilişkin Danıştay 13. Dairesi'nin 2005/5818 E. ve 2005/3612 K. Sayılı kararı ertesinde,

“soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesine dayanan ve Kurumumuzca tebellüğ edilen ve Danıştay 13. Dairesi ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun değişik kararlarıyla yerleşik hale gelen mahkeme kararlarının bugünkü tarihten itibaren temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine; gelecekte de bu nitelikteki bir gerekçeyle Kurumumuza tebliğ edilecek tüm kararların temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine” ilişkin 15.8.2005 tarihli ve 05-51/785-M sayılı Kurul kararı uyarınca ilgili Danıştay kararı temyiz edilmeksizin dosyanın yeniden değerlendirilebileceğine OYÇOKLUĞU ile

3. Armada Bilgisayar Sistemleri San. ve Tic. A.Ş.'nin ilgili ürün pazarında hakim durumda bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile;
4. Armada Bilgisayar Sistemleri San. ve Tic. A.Ş. ile Novell İtalya Ofisi arasında paralel ithalatı engelleme amacı taşıyan bir sözlü anlaşmanın varlığına ilişkin yeterli bilgi ve belgenin elde edilemediğine, dolayısıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine aykırı bir eylem bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile,

Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

(05-79/1099-316)

**(24.11.2005 tarih, 05-79/1099-316 sayılı Kurul Kararı'na)
KARŞI OY GEREKÇESİ**

1- Kararın 1. bendine dair Karşı Oy;

13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5388 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun"un 3. maddesi ile, 4054 sayılı Kanun'un 22. maddesi ;

"Rekabet Kurulu, biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden teşekkül eder" şeklinde değiştirilmiştir.

Ayrıca, Rekabet Kurulu'nun mevcut üye sayısı bugün itibarıyla 8 olmasına rağmen, üye sayısı 7' ye düşünceye kadar toplantıların 8 üyenin katılımı ile yapılacağına dair geçici bir hükme de 5388 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir.

Karar nisabı da aynı Kanun'un 5. maddesinde 7 üye için belirlenmiş olup, bu nisabın 8 üye içinde kıyasen uygulanacağına dair hüküm bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 5388 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 13.07.2005 tarihinden itibaren Kurul toplantılarının en fazla 7 üyenin katılımı ile yapılması gerektiği kanaatında olduğumdan, toplantının 8 üyenin katılımı ile yapılmasına dair çoğunluk görüşüne karşıyım.

2- Kararın 2. bendine dair Karşı Oy;

Danıştay 13. Dairesinin "soruşturmayı yürüten Kurul Üyesi'nin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu" gerekçesiyle ortaya çıkan iptal kararlarının ve Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun değişik kararlarıyla yerleşik hale gelen mahkeme kararlarının temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler yönünden itiraz edilmemesine, gelecekte de bu tür tüm kararların temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine dair çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Gidilecek yargı yolu yönünden itiraz veya temyiz imkanı bulunan dosya ya da davalar hakkında sahip olunan tüm yargı yollarının ve hakkının süresinde kullanılmak suretiyle tüketilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Rekabet Kurulu kararlarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay ilgili dairesinde görülüyor olması nedeniyle verilen kararlar, bir başka dosya için emsal karar olması niteliğini taşıması gerekir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen kararlar, Rekabet Kurulu kararları yönünden temyiz niteliğinde olduğundan, Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından emsal olarak kabul edilmelidir. O

(05-79/1099-316)

halde itiraz ya da temyiz imkanı bulunan dosyalar yönünden ve hatta gelecegede yönelik olarak bu yargı yolunu kapatırcasına alınan kararın uygun olmadığı görüşümdedir. Kaldı ki, Rekabet Kurulu kararlarının, 4054 sayılı Kanun'un 56 vd. maddelerinde yer verilen "Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" nedeniyle tarafların bu yöndeki haklarını mahkemelerde kullanabileceği göz önüne alındığında, sahip olunan yasal yolları kullanmaktan vazgeçmenin sorumluluğu ve önemi daha da açığa çıkmaktadır. Bu nedenle, bu dosya yönünden henüz temyiz süresi dolmadığından öncelikle temyiz başvurusunun yapılması gerektiğini düşündüğümden, çoğunluk kararına karşıyım.

Tuncay SONGÖR
İkinci Başkan

(05-79/1099-316)

**(24.11.2005 tarih, 05-79/1099-316 sayılı Kurul Kararı'na)
KARŞI OY GEREKÇESİ**

Danıştay 13. Dairesinin “soruşturmayı yürüten Kurul Üyesi'nin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu” gerekçesiyle ortaya çıkan iptal kararlarının ve Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun değişik kararlarıyla yerleşik hale gelen mahkeme kararlarının temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler yönünden itiraz edilmemesine, gelecekte de bu tür tüm kararların temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine dair çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Gidilecek yargı yolu yönünden itiraz veya temyiz imkânı bulunan dosya ya da davalar hakkında sahip olunan tüm yargı yollarının ve hakkının süresinde kullanılmak suretiyle tüketilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Rekabet Kurulu kararlarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay ilgili dairesinde görülüyor olması nedeniyle verilen kararlar, bir başka dosya için emsal karar olması niteliğini taşıması gerekir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen kararlar, Rekabet Kurulu kararları yönünden temyiz niteliğinde olduğundan, Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından emsal olarak kabul edilmelidir. O halde itiraz ya da temyiz imkânı bulunan dosyalar yönünden ve hatta geleceğe de yönelik olarak bu yargı yolunu kapatırcasına alınan kararın uygun olmadığı görüşündeyiz. Kaldı ki, Rekabet Kurulu kararlarının, 4054 sayılı Kanun'un 56 vd. maddelerinde yer verilen “Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları” nedeniyle tarafların bu yöndeki haklarını mahkemelerde kullanabileceği göz önüne alındığında, sahip olunan yasal yolları kullanmaktan vazgeçmenin sorumluluğu ve önemi daha da açığa çıkmaktadır. Bu nedenle, bu dosya yönünden henüz temyiz süresi dolmadığından öncelikle temyiz başvurusunun yapılması gerekir.

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi

(05-79/1099-316)

KARŞI OY
(Rekabet Kurulu'nun 24.11.2005 günlü 05-79/1099-316 sayılı kararına)

13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5388 sayılı yasanın üçüncü maddesiyle değişik 4054 sayılı yasanın 25 inci maddesinde Rekabet Kurulunun biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere toplam 7 üyeden teşekkül edeceği hükme bağlanmıştır.

Böylece toplam 11 üyeden teşekkül eden Rekabet Kurulunun üye sayısı 7'ye düşürülmüş; halen mevcut üye sayısının 8 olmasına karşın, yasada üye sayısı 7'ye düşene kadar toplantıların 8 üyenin katılımı ile yapılabileceğine dair geçici bir hükme yer verilmemiştir.

Rekabet Kanununun Kurulun toplantı ve karar yeter sayısını belirleyen 51 inci maddesinde yeralan; nihai kararlarda en az toplam 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanmasıyla karar verileceği hükmünde yer alan üye sayıları da sırasıyla 5 ve 4 olarak değiştirilmiştir.

Mevcut 8 üyenin katılımıyla toplanan kurulun karar yeter sayısının kıyasen uygulanması mümkün değildir.

Bu durumda 5388 sayılı yasanın yürürlük tarihi olan 13.07.2005 den itibaren Kurul toplantılarının en fazla 7 üyenin katılımı ile yapılabileceği görüşünde olduğumdan karara usul yönünden karşıyım.

Süreyya ÇAKIN
Kurul Üyesi